



**Universidad
Zaragoza**

Trabajo Fin de Grado

Capacidad para testar y discapacidad psíquica
The ability to make a will and intelectual disability

Autora

Coral Díaz Guillén

Director

Dr. D. Carlos Martínez de Aguirre y Aldaz

Facultad de Derecho
Universidad de Zaragoza

Curso 2018/2019

Capacidad para testar y discapacidad psíquica
The ability to make a will and intellectual disability

Autora/Writter
Coral Díaz Guillén

Director/Director
Dr. D. Carlos Martínez de Aguirre y Aldaz

Programa Conjunto Derecho-Administración y Dirección de Empresas

Departamento de Derecho Privado
Área de Derecho Civil

Facultad de Derecho

Universidad de Zaragoza

Resumen: El objetivo de este Trabajo Fin de Grado es analizar un tema tan importante como controvertido en la realidad jurídica actual: La capacidad para otorgar testamento que tienen las personas con algún tipo de discapacidad psíquica o intelectual.

En primer lugar, se comienza con una aproximación general al tema a tratar. A continuación, se analiza, en particular, la capacidad de testar que poseen las personas con discapacidad psíquica; analizando con detalle el caso de las personas enfermas de Alzheimer. En cada uno de los apartados se ofrecen al lector los problemas que pueden surgir y cómo la doctrina del TS actual los trata de solucionar. Por último, se expone la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, atendiendo principalmente, a la adaptación del artículo 12 de la misma al Ordenamiento Jurídico español. Para el estudio de estos apartados van a resultar de utilidad bases de datos jurídicas como Aranzadi o Cendoj, así como libros y artículos especializados en la materia.

Una vez recogida y analizada la información citada, se establecen, además de una visión de futuro del tema tratado, una serie de conclusiones para poder resumir la esencia de este TFG.

Summary: The objective of this Final Degree Dissertation is to analyze a topic as important as controversial in the current legal reality: The ability to grant a will that people with some type of mental or intellectual disability have. First, we start with a general approach to the topic to be discussed. Next, it is analyzed, in particular, the ability to test that people with mental disabilities have; analyzing in detail the case of people with Alzheimer's disease. In each of the sections, the reader is offered the problems that may arise and how the doctrine of the current TS tries to solve them. Lastly, the Convention on the Rights of Persons with Disabilities is set out, mainly addressing the adaptation of article 12 of the same to the Spanish legal system. For the study of these sections are going to be useful legal databases such as Aranzadi or Cendoj, as well as books and articles specialized in the subject. Once the aforementioned information is collected and analyzed, a series of conclusions are established in addition to a vision of the future of the topic, in order to summarize the essence of this FDD.

INDICE DE CONTENIDOS

ABREVIATURAS UTILIZADAS	4
INTRODUCCIÓN	5
I. LA CAPACIDAD PARA TESTAR EN EL CÓDIGO CIVIL: PLANTEAMIENTO GENERAL	6
II. LA CAPACIDAD PARA TESTAR EN PERSONAS CON DISCAPACIDAD PSÍQUICA	10
1. Discapacidad psíquica o intelectual y capacidad para testar.....	10
2. Personas enfermas de Alzheimer o algún tipo de demencia	13
3. El Juicio Notarial de capacidad	16
III. CONVENCION DE DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.....	21
1. La Convención.....	21
2. Artículo 12.....	22
IV. PERSPECTIVAS DE FUTURO	24
V. CONCLUSIONES.....	26
VI. BIBLIOGRAFÍA	28
ANEXOS.....	31
Anexo 1.....	31
Anexo 2.....	32

ABREVIATURAS UTILIZADAS

Cc: Código Civil

CENDOJ: Centro de Documentación Judicial

OMS: Organización Mundial de la Salud

TFG: Trabajo Fin de Grado

TS: Tribunal Supremo

INTRODUCCIÓN

El objeto del presente Trabajo Fin de Grado (en adelante, TFG) es el de analizar las reglas legales acerca de la capacidad para otorgar testamento que tiene una persona con discapacidad psíquica, bien de nacimiento, o bien por alguna enfermedad, como por ejemplo, Alzheimer.

Con este trabajo se pretende ofrecer una visión amplia acerca de la capacidad para otorgar testamento en general, y a continuación, profundizar en detalle acerca de un tema tan controvertido en la actualidad como es la capacidad para testar que tienen las personas con algún tipo de discapacidad psíquica o intelectual.

Para la realización de este TFG se han utilizado diversas fuentes de información, entre las que destacan la consulta y lectura de manuales y revistas y libros relacionados, la consulta de legislación como el Código civil (en adelante, Cc) o la búsqueda y análisis de sentencias mediante diferentes bases de datos como Aranzadi o CENDOJ.

El presente trabajo se divide en dos grandes partes, las cuales se dividen, a su vez, en apartados específicos. El trabajo comienza con una breve aproximación a las reglas generales acerca de la capacidad para testar. A continuación, se analiza la capacidad para testar en relación con las personas que tienen algún tipo de discapacidad psíquica o intelectual; y se estudia el caso concreto de las personas con enfermedad de Alzheimer. En cada punto o apartado, se realiza una explicación acerca de cada enfermedad, los posibles problemas que presenta en la actualidad, y cómo los soluciona la doctrina del TS. En el siguiente apartado se analiza la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, concretamente, se realiza un análisis del artículo 12 de la misma al estar relacionado con el tema objeto de este TFG. Después se exponen brevemente las perspectivas de futuro de este tema en España; y para finalizar, se extraen las conclusiones globales del presente trabajo, tanto sobre el tema tratado como sobre la aportación del mismo a la finalización del Grado académico en Derecho y Administración de empresas. Se añade, también, la bibliografía utilizada así como los anexos necesarios para la ampliación de algunos puntos.

I. LA CAPACIDAD PARA TESTAR EN EL CÓDIGO CIVIL: PLANTEAMIENTO GENERAL

El testamento se define, según el artículo 667 Cc como “*el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos*”. Así pues, se trata del documento idóneo para contener las decisiones sobre el futuro de los bienes y derechos de una persona cuando fallece. El testamento supone, además, una simplificación en los trámites a realizar por los herederos del causante en el momento de la adjudicación de la herencia, unido a una disminución en los costes económicos¹. El testamento, asimismo, tiene una serie de caracteres que lo diferencian de otros negocios jurídicos, como son: es un acto *mortis causa*, individual, personalísimo, libre, solemne y revocable².

A la vista de la importancia y transcendencia del testamento, resulta fundamental que el testador posea capacidad para testar.

La capacidad para testar es la aptitud de una persona para otorgar testamento válido. Proviene de la *testamentifactio activa* utilizada en la Antigua Roma³. Se trata de un atributo exclusivo de las personas físicas, que resulta diferente a la capacidad exigida para celebrar negocios jurídicos en general; ya que el derecho es más exigente en esta materia dada la particular importancia que reviste la transmisión de bienes *mortis causa*: es decir, en supuestos de incapacidad del otorgante, no son susceptibles de subsanarse por medio de un representante dada la naturaleza personalísima del testamento⁴. Asimismo, y como indica O’Callaghan, la capacidad para testar es muy amplia, por tanto y como se analizará posteriormente, “la capacidad es la regla general y

¹ Consejo General del Notariado: *Testamentos y herencias*. Accesible en web: <https://www.notariado.org/liferay/web/notariado/testamentos-y-herencias> (último acceso 19 de mayo de 2019)

² Cano Tello, C. (1998). *Manual de Derecho Civil en Tablas Sinópticas*. Valencia, España: Tirant lo Blanch

³ Ortega Carrillo de Albornoz, A. (2012). *Capacidad para testar y suceder por testamento en Roma: la indignitas*. Accesible online en web: <https://www.derechoromano.es/2012/09/capacidad-testar-suceder-testamento-indignitas.html> (último acceso: 20 de mayo de 2019)

⁴ Enciclopedia Jurídica. *La capacidad para testar*. Accesible en web: <http://www.enciclopedia-juridica.biz14.com/d/capacidad-para-testar/capacidad-para-testar.htm> (último acceso 28 de abril de 2019)

las incapacidades son la excepción”⁵. Además, existe la presunción general de capacidad para testar, presunción *iuris tantum*, que admite prueba en contrario.

Tal y como indica Pacheco Jiménez, es necesario señalar qué se entiende con el término “capacidad” en el ámbito jurídico, y concretamente, para el Derecho Civil. Así, esta autora señala que “se distinguen dos capacidades:

a) jurídica, aptitud legal para ser titular de derechos y obligaciones, siendo igual para todos y adquiriéndose en el momento del nacimiento con las condiciones del artículo 30 Cc; y

b) de obrar, aptitud para realizar, con plenos efectos, actos jurídicos, no siendo uniforme ya que el Derecho la concede o reconoce en función de las condiciones personales de cada individuo. Al mayor de edad se le presume *iuris tantum* la plena capacidad de obrar, al presuponersele las cualidades necesarias para obligarse y ejercitar por sí mismo sus derechos. Pero en el caso de que carezca de estas cualidades (porque una enfermedad o deficiencia física o psíquica lo haya impedido o le haya privado de ellas), podría ser incapacitado por sentencia judicial como medida tuitiva. En definitiva, la incapacitación es la máxima limitación a la capacidad de obrar de la persona que admite nuestro ordenamiento jurídico”⁶.

Como ya se ha mencionado, “la capacidad es la regla general y las incapacidades son la excepción”. Esto queda plasmado en el artículo 662 Cc, el cual afirma que “*pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente*”. A continuación, el artículo 663 Cc indica que quedan incapacitados para testar los menores de catorce años y aquellas personas que no se hallaren “*en su cabal juicio*”. Es importante en este punto introducir la figura del incapacitado, ya que aunque en principio los mayores de edad tienen plena capacidad de obrar (art. 322 Cc), pueden ser incapacitados por sentencia judicial (art. 199 Cc) cuando sufran enfermedades o

⁵ O’Callaghan, X. *La capacidad para testar*. Accesible en web: <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/capacidad-testar-215744> (último acceso: 20 de mayo de 2019)

⁶ Pacheco Jiménez, M.N. “Del tradicional procedimiento de incapacitación a la modificación judicial de la capacidad de obrar y la alternativa del sistema de apoyos”, en Morcillo Moreno, J. (2019). *Discapacidad intelectual y capacidad de obrar*. Valencia, España. Ed. Tirant Lo Blanch (págs.. 39-48)

deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma (art. 200 Cc)⁷.

No obstante, en relación con la persona incapacitada, es importante realizar una distinción entre aquella con discapacidad psíquica incapacitada judicialmente, y la persona con discapacidad psíquica no incapacitada, que en opinión de Fernández Canales, mientras no se produzca la modificación judicial de capacidad, se presume que la persona tiene capacidad para otorgar testamento. En este punto resulta de gran importancia la figura del Notario y el pertinente juicio de capacidad otorgado, que será estudiado con más detalle en el apartado *El juicio de capacidad* del presente trabajo.

Según indica Fernández Canales, son varias las “razones por las que puede no existir modificación judicial de capacidad, ya que no necesariamente toda persona con discapacidad intelectual debe ver modificada judicialmente su capacidad; la discapacidad puede ser leve y, solamente aquellos padecimientos que impidan o limiten seriamente el autogobierno son causa de modificación judicial de la capacidad”⁸.

Asimismo, el artículo 665 Cc, según Fernández Canales, se refiere a las personas con la capacidad modificada judicialmente, pero no impide aplicarlo a personas con discapacidad intelectual cuya capacidad no ha sido modificada judicialmente. Esta autora indica, además, que esta aplicación ha sido admitida por el Tribunal Supremo debido a “la alta litigiosidad de los testamentos otorgados por personas en situaciones de dudosa capacidad plena”. Así, cuando una persona con discapacidad intelectual pretenda otorgar testamento, y aunque no se haya producido la modificación judicial de capacidad, se deberá acudir a lo dispuesto en el artículo 665 Cc: “*Siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para “testar pretenda otorgar testamento, el Notario designará dos*

⁷ Bercovitz y Rodríguez-Cano, R. (2006). *Manual de Derecho Civil. Derecho privado y Derecho de la persona*. Madrid. España: Bercal,S.A. (pág.123-125)

⁸ Fernández Canales, C. (2018). *Otorgamiento de Testamento por Personas con Discapacidad Intelectual*. Disponible online en web: <https://www.sindromedownvidaadulta.org/no28-febrero-2018/articulos-no28-vida-adulta/otorgamiento-de-testamento-por-personas-con-discapacidad-intelectual/> (último acceso 9 de junio de 2019)

facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad”⁹.

En cualquier caso, la incapacidad por discapacidad intelectual es un tema controvertido actualmente, ya que existen diversas opiniones acerca del alcance de la capacidad de testar de las personas con una discapacidad psíquica, como puede ser la enfermedad de Alzheimer; pues el otorgamiento de disposiciones de última voluntad es un acto personalísimo y de gran importancia en la vida de la persona. En la actualidad, en el artículo 696 Cc se exige del Notario que haga “*constar que, a su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar el testamento*”; por lo que no se exige reconocimiento previo alguno. No obstante, y como posteriormente se analizará con más detalle, el Reglamento notarial contiene en su artículo 145 el deber del Notario de cerciorarse de que el consentimiento ha sido libremente prestado y la voluntad debidamente informada, negando la autorización o intervención notarial cuando, a su juicio, el otorgante carezca de la capacidad legal necesaria o no se acredite el cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos como previos.

Asimismo, conviene en este punto señalar la existencia de la figura de la sustitución cuasipupilar o ejemplar. La sustitución ejemplar queda regulada por el artículo 776 Cc, el cual señala que se permite que el ascendiente pueda nombrar sustituto al descendiente mayor de catorce años que, conforme a derecho, haya sido declarado incapaz por enajenación mental. Es decir, de esta manera se habilita a los ascendientes del incapaz mayor de 14 años para que puedan nombrar sustitutos evitando, en su caso, la sucesión intestada del mismo ya que, tal y como se ha indicado con anterioridad, el artículo 663.2 Cc, indica que está incapacitado para testar “*el que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio*”¹⁰. Esta figura queda fuera de los límites marcados al tema del presente TFG, pero en cualquier caso, y al tener

⁹ Fernández Canales, C. (2018). *Otorgamiento de Testamento por Personas con Discapacidad Intelectual*. Disponible online en web: <https://www.sindromedownnvidaadulto.org/no28-febrero-2018/articulos-no28-vida-adulta/otorgamiento-de-testamento-por-personas-con-discapacidad-intelectual/> (último acceso 9 de junio de 2019)

¹⁰ IBERLEY. *La sustitución ejemplar o cuasi pupilar como modalidad de sustitución hereditaria en el Código civil* (2016). Disponible online en web: <https://www.iberley.es/temas/sustitucion-ejemplar-cuasi-pupilar-codigo-civil-59735> (último acceso 6 de junio de 2019)

relación con el tema tratado, se recomienda acudir a “*La sustitución ejemplar como medida de protección de la persona*”, de C. De Amunátegui¹¹.

II. LA CAPACIDAD PARA TESTAR EN PERSONAS CON DISCAPACIDAD PSÍQUICA

1. DISCAPACIDAD PSÍQUICA O INTELECTUAL Y CAPACIDAD PARA TESTAR

La discapacidad psíquica o intelectual se puede definir como un estado individual que se caracteriza por presentar limitaciones significativas tanto en el funcionamiento intelectual como en la conducta adaptativa, tal y como se manifiesta en las habilidades adaptativas conceptuales, sociales y prácticas, y por ser originada antes de los 18 años.

Según datos de la organización Plena Inclusión del año 2014, aproximadamente el 1% de la población española tiene algún tipo de discapacidad intelectual o del desarrollo. Según los mismos datos, en el año 2014 había en España 256.429 personas con una discapacidad intelectual reconocida, lo que supone un 9% del total de personas con discapacidad reconocida en este país¹².

Se trata de un tema cuyo estudio y regulación es cada vez más importante ya que existe un incremento exponencial en la actualidad debido a algunas causas, como por ejemplo:

- La mayor expectativa de vida de las personas, unida al deterioro cognitivo propio de la edad (Alzheimer, demencia senil, etc.)
- Deterioros neurológicos propios de los nuevos hábitos de vida en los que existe un mayor consumo de alcohol y tóxicos.

¹¹ De Amunátegui Rodríguez, C. (2018). *La sustitución ejemplar como medida de protección de la persona*. España. Ed. Reus

¹² Observatorio Discapacidad Física. *La discapacidad intelectual en cifras*. España, (2014). Disponible online en web: <https://www.observatoriodiscapacitat.org/es/la-discapacidad-intelectual-en-cifras> (última visita 3 de junio de 2019)

- Mayor número de accidentes de todo tipo que generan situaciones discapacitantes sobrevenidas.

En relación con el tema que centra este trabajo, la capacidad para testar, hay algunos aspectos a tener en cuenta en relación con estas personas. En primer lugar, y como ya se ha mencionado anteriormente, “en tanto no se haya producido la modificación judicial de capacidad, se presume que la persona tiene capacidad para otorgar testamento”.

No obstante, y debido a que el Notario debe emitir juicio de capacidad en el momento del otorgamiento, resulta de consideración señalar que, de las tres clases de testamentos comunes (abierto, cerrado y ológrafo), en opinión de Fernández Canales la única que ha de ser utilizada por una persona con discapacidad intelectual, es el testamento abierto: solamente en esta clase de testamento el Notario puede juzgar la capacidad del testador en el momento en el que expresa su última voluntad. En el testamento ológrafo, debido a que se realiza sin la intervención del Notario, no puede emitir éste el juicio de capacidad. Asimismo, tampoco puede emitir juicio de capacidad en el testamento cerrado ya que se restringe al momento en el que el testador acude con su testamento ya escrito, por lo que el Notario no puede determinar si en el momento en el que éste se redactó, el testador contaba con capacidad suficiente¹³.

Por tanto, si el Notario autoriza el testamento, se debe presumir que el testador es capaz, lo cual se trata de una presunción *iuris tantum*, que se puede destruir por prueba en contrario. Así, ante una posible impugnación del testamento, será más difícil que “prosperar la afirmación de que la persona no tenía capacidad suficiente en el momento del otorgamiento, incluso si después del otorgamiento se produjera una modificación judicial de la capacidad del testador”.

Resulta fundamental, por tanto, el juicio de capacidad emitido por el Notario que se analizará con detalle en el apartado *El juicio de capacidad* del presente trabajo.

¹³ Fernández Canales, C. (2018). *Otorgamiento de Testamento por Personas con Discapacidad Intelectual*. Disponible online en web: <https://www.sindromedownnvidaadulto.org/no28-febrero-2018/articulos-no28-vida-adulta/otorgamiento-de-testamento-por-personas-con-discapacidad-intelectual/> (última visita 9 de junio de 2019)

Doctrina del TS

Con respecto a qué ocurre en la actualidad con la capacidad para testar de las personas con discapacidad psíquica o intelectual, se ha creído conveniente acudir a la doctrina del Tribunal Supremo en esta materia. En primer lugar, hay que referirse a la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 2 de abril de 2018. En ella, el Tribunal Supremo confirma una sentencia de la Audiencia Provincial validando, de esta manera, el testamento otorgado ante un notario por una joven con discapacidad intelectual, la cual había testado a favor de dos familiares, que fueron las que la cuidaron, contra la impugnación realizada por otros familiares. El primer testamento fue otorgado antes de la sentencia de modificación judicial de la capacidad de la mujer, mientras que el segundo se hizo con posterioridad a la sentencia que había sometido a ésta a la figura de la curatela para la realización de actos de disposición, sin referencia expresa a la facultad para otorgar testamento.

Se indica en esta sentencia que la finalidad de las normas que regulan la capacidad para otorgar testamento es garantizar la suficiencia mental del testador respecto del propio acto de testar, por lo que considera que, con independencia de cuál sea la causa de la discapacidad que da lugar a la modificación de la capacidad de obrar, la ley ofrece un cauce para que la persona con la capacidad modificada judicialmente pueda ejercer la facultad de testar. Así, puede otorgar testamento conforme a este precepto una persona que, de acuerdo con lo dispuesto en una sentencia de modificación de la capacidad de obrar, precisa de la intervención del curador para realizar actos de disposición.

El Tribunal Supremo se basa en el principio de presunción de capacidad, que implica que no cabe basar la falta de capacidad para testar ni en la analogía ni en la interpretación extensiva de otra incapacidad. En este caso en concreto, y tras la valoración de todas las pruebas, no había quedado probado que la testadora careciera de capacidad para testar, ya que no existía pronunciamiento previo en la sentencia de incapacitación y el Notario aseguró que, en su opinión, la testadora tenía la capacidad legal necesaria, contando con el juicio favorable de dos facultativos, indicado en el artículo 665 Cc.

2. PERSONAS ENFERMAS DE ALZHEIMER O ALGÚN TIPO DE DEMENCIA

La enfermedad de Alzheimer es la forma más común de demencia (representa el 60% del total de todas las demencias¹⁴), y se define, según la Organización Mundial de la Salud como *“un síndrome debido a una enfermedad del cerebro, generalmente de naturaleza crónica o progresiva, en la que hay déficits de múltiples funciones corticales superiores.... que repercuten en la actividad cotidiana del enfermo”*¹⁵; es la principal causa de discapacidad psíquica en personas mayores.

Con los últimos datos disponibles para septiembre de 2018, se estima que en España existen unas 800.000 personas con enfermedad de Alzheimer¹⁶. No obstante, debido a que la prevalencia e incidencia de esta enfermedad se incrementa a partir de los 65 años de forma exponencial –afectando al 5% de la población mayor de 60 años, al 20% de los mayores de 80 y al 30% de los mayores de 90-, el progresivo envejecimiento poblacional y el incremento de la esperanza de vida hará que, previsiblemente, el número de casos aumente en las próximas décadas. Por ello, resulta imprescindible tratar la capacidad de testar del paciente en relación con esta enfermedad que ataca, principalmente, a ancianos ya que el colectivo de personas mayores es el más numeroso en cuanto a otorgar testamento se refiere debido a la cercanía del final de sus vidas.

Se están dando, cada vez más frecuentemente, casos de personas no incapacitadas pero en situación real de inhabilidad natural debido a demencias seniles como la enfermedad de Alzheimer que aquí se analiza, difícilmente detectables por una persona no experta y en un tiempo limitado, que están otorgando testamentos abiertos ante Notario con una dudosa validez. Como ejemplo, puede señalarse una sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 19 de febrero de 2015 en la que se declaran nulos los testamentos otorgados por un hombre enfermo de Alzheimer ya que, según la

¹⁴ FUNDACIÓN ALZHEIMER ESPAÑA. *Qué es la enfermedad de Alzheimer* (2014). Disponible online en web: <http://www.alzfae.org/fundacion/135/que-es-alzheimer>. (Última visita 20 de abril de 2019)

¹⁵ Organización Mundial de la Salud. Demencia. *Datos y cifras*. Disponible online en web: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/dementia> (última visita 4 de junio de 2019)

¹⁶ Sociedad Española de Neurología (S.E.N.) Disponible online en web: <http://www.sen.es/saladeprensa/pdf/Link194.pdf> (último acceso 15 de mayo de 2019)

sentencia, éste carecía de capacidad para otorgar dichos testamentos al presentar una “*demencia senil incipiente*” en las fechas próximas a otorgar testamento, tal y como consta en dos informes médicos. Además, también fueron anulados dos contratos de compraventa en los que se apreciaba que el hombre “*padecía una disminución de la aptitud cognitiva e intelectual para contratar*”. La parte demandada y el tutor del hombre, que declaró como testigo en el juicio, mantuvieron que entre el primer y segundo testamento el hombre ingresó en una residencia y experimentó una “*importante mejoría*”, por lo que acudió a la firma del segundo “con pleno conocimiento de causa”. Pero ante los “*contundentes*” informes médicos y sentencias dictadas, esta apreciación “*personal y subjetiva*”, sin una prueba objetiva que lo avale, no puede ser una muestra de “*repentina recuperación*”, más cuando se trata de una enfermedad cuya patología los médicos califican de “*irreversible*”. Asimismo, el juez consideró “*extraño*” que en el “*breve*” plazo de un mes y medio el hombre cambiara “*radicalmente*” de voluntad hereditaria, modificando la persona heredera, sin que existan pruebas o indicios que puedan justificar ese cambio.

Sin embargo, tal y como indica Yáñez de Andrés, “la enfermedad de Alzheimer comienza a instaurarse en el cerebro años antes de aparecer los primeros síntomas y en el momento de sus primeras manifestaciones clínicas, y cuando la demencia ya se desencadena en fase inicial, puede pasar perfectamente desapercibida para una persona no especializada o no conocedora de los antecedentes del sujeto, incidiendo también múltiples factores como el nivel escolar, y la concurrencia de otras patologías, que requieren la exploración de un experto. Por ello, no parece que los mini test psicológicos sean suficientes a este fin, dadas las importantes implicaciones del acto a realizar, con posibles consecuencias perjudiciales para el propio enfermo y/o otras personas”.

Por ello, y debido a que la edad es uno de los factores de riesgo más importantes para sufrir este tipo de enfermedades, autores como Gomá¹⁷ estiman que debería de estudiarse una reforma legal encaminada a eliminar el riesgo de que los testamentos notariales sean otorgados por personas que no se encuentren en su cabal juicio, para lo cual podría realizarse:

¹⁷ Gomá, I. *El testamento del anciano*. Notario del siglo XXI. Colegio Notarial de Madrid. Disponible online en web: <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-8/2896-el-testamento-del-anciano-0-5395799582261406> (última visita 20 de abril de 2019)

- Exigir certificado médico de aptitud mental acreditativo de no padecer demencia, alzhéimer u otras dolencias similares, que afecten a la capacidad de juicio, otorgado por facultativo de salud, en todas las personas que quieran otorgar testamento, a partir de los 65 años.
- Extender al Notario la obligación del art. 665 del Código Civil, de recabar informe de dos facultativos que respondan de la capacidad del otorgante, ante cualquier duda al respecto que se le suscitare, con carácter general.

Además, esta corriente de opinión sostiene que ante el grave riesgo actual del testamento del "*demente*", la salvaguarda del anterior "*cabal*" que pudiera haberse otorgado o la sucesión legítima, en su caso, deberían, gozar de primacía y protección, adaptándose, por tanto, el sistema legislativo y judicial al efecto.

Para estudiar con mayor detalle la valoración de la capacidad de testar que tienen en la actualidad las personas con enfermedad de Alzheimer, resulta de gran interés la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 2015. En esta sentencia, dos hermanos demandan a un tercero para que se declare la nulidad del último testamento de la madre por falta de capacidad para su otorgamiento debido a que la testadora padecía una demencia de carácter mixto –vascular y Alzheimer-. El Juzgado estima la demanda y declara la nulidad del testamento por falta de capacidad del testador, posteriormente la audiencia Provincial confirma la sentencia; por lo que el hermano demandado recurre ante el Tribunal Supremo.

Para estudiar la falta de capacidad para la validez del último testamento se realizan las siguientes pruebas:

- Periciales de dos médicos-neurólogos que declararon que la testadora en las fechas en las que hizo el testamento discutido, padecía una demencia mixta en estado avanzado y no la consideraban apta para su autogobierno y gestión de finanzas. Afirmaban que la incapacidad había ido progresando en los últimos años y era irreversible.
- Informes de dos peritos judiciales, que si bien no habían visitado a la testadora, llegaban a las mismas conclusiones que los anteriores, al examinar el historial médico de aquella.
- Pericial de un médico-psiquiatra que atendió a la paciente que declaró que sólo padecía un débil deterioro cognitivo, manteniendo un discurso verbal sin

denotar dificultades.

- Dictamen de otro médico que había visitado a la testadora en una ocasión, en el que apreció que no tenía Alzheimer sino un poquito de depresión y que conservaba su lucidez mental.
- Declaración de dos Notarios que no apreciaron la existencia de una posible ausencia de capacidad.

Una vez analizadas todas las pruebas pertinentes, el Tribunal señala que se ha de partir, en primer lugar, de la presunción de capacidad del testador en tanto no se demuestre inequívoca y concluyentemente que al tiempo de realizar la declaración testamentaria tenía enervadas las potencias anímicas de raciocinio y de querer con verdadera libertad de elección. También, hay que tener en cuenta la doctrina anterior del Tribunal Supremo sobre la materia de nulidad del testamento por falta de capacidad del testador, en la cual se indican varios aspectos: la capacidad mental del testador se presume mientras no se destruya por prueba en contrario; la apreciación de la capacidad ha de ser hecha en referencia al momento mismo del otorgamiento; y la afirmación hecha por el Notario de la capacidad del testador, puede ser destruida por ulteriores pruebas, demostrativas de que en el acto de testar no se hallaba el otorgante en su cabal juicio, pero requiriéndose que estas pruebas sean muy cumplidas y convincentes, ya que *“la aseveración notarial reviste especial relevancia de certidumbre”*.

Por lo tanto, y según las pruebas practicadas, queda acreditado que en la testadora concurría incapacidad para otorgar testamento en el momento en que se otorgó, y esta declaración del estado mental, como cuestión fáctica, resulta inamovible en casación.

3. EL JUICIO NOTARIAL DE CAPACIDAD

El juicio de capacidad puede ser entendido como la valoración que el Notario autorizante hace en el instrumento público acerca de la capacidad de las personas otorgantes, desde el punto de vista de las normas sustantivas civiles y en relación al acto o contrato que se formaliza. Si no se hiciera constar esta

valoración favorable la escritura sería ineficaz¹⁸. Esto queda recogido en el artículo 167 del Reglamento notarial, en el cual se dispone que: *“El Notario, en vista de la naturaleza del acto o contrato y de las prescripciones del Derecho sustantivo en orden a la capacidad de las personas, hará constar que, a su juicio, los otorgantes, en el concepto con que intervienen, tienen capacidad civil suficiente para otorgar el acto o contrato de que se trate”*.

Según Mesa Marrero, la intervención del Notario en el acto del otorgamiento representa una de las medidas más importantes para tratar de asegurar que el testador, en el momento de otorgar su testamento, goza de la aptitud necesaria para realizar dicho acto. Asimismo, esta autora también indica que, debido a la frecuencia del desconocimiento por el Notario de circunstancias relevantes que pueden afectar a la capacidad natural requerida para testar válidamente, es necesario establecer un protocolo de actuación *“que sin duda dará más garantía a la apreciación notarial de la aptitud mental del testador”*¹⁹.

Como ya se ha citado anteriormente, conforme al artículo 666 Cc, para apreciar la capacidad del testador debe atenderse, únicamente, al estado en que se halle éste al tiempo de otorgar testamento. Asimismo, indica Gomá varios aspectos acerca de la capacidad de la persona que no ha sido judicialmente incapacitada, entre los que cabe señalar: se presume la capacidad de ésta por lo que la prueba de la incapacidad corresponde al que la alega; *“para considerar que no se halla el testador en su cabal juicio, la enfermedad o afección mental ha de ser grave; además podrá otorgar testamento si recupera la capacidad o está en un momento lúcido; y, por último, es insuficiente para establecer la incapacidad la simple edad senil –que no es lo mismo que la demencia senil-, los padecimientos físicos, la enfermedad neurasténica o las extravagancias, el hecho de recibir tratamiento psiquiátrico por depresión, ansiedad o fobias –si no son éstas muy agudas”*.

¹⁸ Iuris Civilis. Blog jurídico de Derecho Civil. Disponible online en web: <https://www.luriscivilis.com/2017/10/el-juicio-de-capacidad-para-testar-por.html> (último acceso 19 de mayo de 2019)

¹⁹ Nieto Alonso, A. Reseña bibliográfica de: Mesa Marrero, C., (2017) *La capacidad para testar: aspectos problemáticos y criterios jurisprudenciales*. de Derecho Civil, vol. V, núm. 1 (enero-marzo, 2018), Varia, págs. 251-267

En contraposición, este autor señala que sí son motivos, sin embargo, para determinar la incapacidad: las psicosis, la esquizofrenia, la demencia senil, la arteriosclerosis aguda o la enfermedad de Alzheimer.²⁰

Entre las medidas que podrían tomarse para ayudar al Notario a dilucidar acerca de la capacidad para testar del otorgante, se encontrarían²¹, según indica Gomá, “por un lado, la solicitud de intervención de testigos (obligatoria en el último de los casos), pues el Código civil permite que el Notario los solicite, cuando le parezca oportuno. La doctrina ha discutido acerca de la función de la intervención de los testigos, sobre todo en relación a si han de identificar al testador y juzgar su capacidad. Parece que esto es competencia exclusiva del notario pero también es claro que la presencia de testigos reforzará su criterio pues no parece de recibo que el notario acepte testigos que tienen dudas de la identidad o capacidad del testador o que los testigos se presten a serlo en el mismo caso. Por otro lado, podría parecer que el requerimiento de los testigos por parte del notario supone precisamente una duda de éste acerca de la capacidad del testador; pero en realidad, debería tomarse como regla general la presencia de testigos en aquellos supuestos en los que se den las circunstancias objetivas indicadas u otras que parezca conveniente, independientemente del juicio concreto de capacidad de la persona. También podría señalarse como medida útil la de la conservación de notas sobre las circunstancias que rodearon la valoración de la voluntad del testador o pruebas escritas por el testador de su voluntad testamentaria”.

En cualquier caso, tanto el autor ya citado como otros expertos en la materia señalan que sería necesario llevar a cabo una estandarización u objetivación del juicio de capacidad. Para ello, se podrían utilizar diversos sistemas ya existentes para determinar la capacidad por los profesionales, como por ejemplo, el test denominado Short Portable Mental Status Questionnaire (SPSMQ), diseñado por PFEIFFER en

²⁰ Gomá, I. *El testamento del anciano*. Notario del siglo XXI. Colegio Notarial de Madrid. Disponible online en web: <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-8/2896-el-testamento-del-anciano-0-5395799582261406> (última visita 20 de abril de 2019)

²¹ Gomá, I. *El testamento del anciano*. Notario del siglo XXI. Colegio Notarial de Madrid. Disponible online en web: <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-8/2896-el-testamento-del-anciano-0-5395799582261406> (última visita 20 de abril de 2019)

Doctrina del TS

Para el estudio de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo acerca del juicio notarial de capacidad resulta muy relevante la Sentencia de 22 de enero de 2015 (STS 20/2015), en la cual se declara que el juicio de capacidad para testar realizada por el Notario puede ser destruido por ulteriores pruebas. Por tanto, no se estima la alegada vulneración del art. 662 en relación con el 663 y 666 del CC, ya que la sentencia recurrida ha respetado la afirmación de que la capacidad mental del testador se presume mientras no se destruya por prueba en contrario; que la apreciación de esta capacidad ha de ser hecha con referencia al momento mismo del otorgamiento; y que la afirmación hecha por el notario de la capacidad del testador puede ser destruida por ulteriores pruebas, demostrativas de que en el acto de testar no se hallaba el otorgante en su cabal juicio, pero requiriéndose que estas pruebas sean muy cumplidas y convincentes, ya que *“la aseveración notarial reviste especial relevancia de certidumbre”*.

Por otro lado, en la STS de 19-09-1998 se extrae que el del Notario es *“un juicio exclusivamente propio y personal, pues no se apoya en la colaboración de especialistas como ocurre con el supuesto del art. 665”*, y *“cuando el fedatario hace constatación de la capacidad del testador..., no supone que dé fe de un acto que concluye, sino más bien que expresa su apreciación subjetiva acerca de las condiciones del otorgante para poder testar”*. En la misma línea la STS de 26-06-2015, ratifica la declaración de la Audiencia de que: *“es una opinión subjetiva, emitida por un jurista más o menos habituado a discernir sobre capacidad, pero cuyos conocimientos profesionales no pueden en modo alguno equipararse a los que poseen los profesionales médicos; máxime cuando estos practican ramas de la medicina relacionadas con detectar padecimientos de este tipo”*. Se han anulado también testamentos notariales, previa afirmación del fedatario de la capacidad del testador, en el que personas con importante debilidad mental han establecido disposiciones testamentarias complejas o en favor de otras susceptibles de captar su voluntad, contrarias a lo que ha sido la conducta observada a lo largo de toda su vida anterior (STS 19-09-1998 y 22-01-2015). No

²² Véase el ANEXO 1 del presente trabajo

obstante, en la actualidad se demanda por la doctrina la necesidad de establecer normas de actuación en esta materia, para la comprobación del cabal juicio del testador.²³

En este sentido, se propone, la utilización por parte del notario autorizante del testamento del test o mini examen cognoscitivo (MEC²⁴), que permite evaluar la capacidad intelectual por personal no especializado en unos minutos.

Por último se ha considerado de importancia en este apartado el análisis de la Sentencia de 15 de marzo de 2018 (STS 146/2018). En ésta, se recurre el fallo de un proceso en el que se impugnaron dos testamentos notariales otorgados por una mujer con discapacidad intelectual. El primer testamento fue otorgado antes de la sentencia de modificación judicial de la capacidad pero cuando el Ministerio Fiscal ya había instado el procedimiento judicial de modificación de la capacidad de obrar; el segundo testamento fue otorgado con posterioridad a la sentencia que había sometido a la testadora a curatela para la realización de actos de disposición. Al fallecimiento de la causante, los demandantes solicitan la declaración de nulidad de ambos testamentos por no tener la testadora capacidad bastante para otorgarlos, esto es, no cumplir las formalidades de los testamentos. El fallo del TS confirma la sentencia recurrida de la Audiencia Provincial, en la que se señala que *“la limitación de la capacidad de obrar establecida por la sentencia que exige la intervención del curador para los actos de disposición no puede interpretarse en el sentido de que prive la capacidad de otorgar testamento. El testamento será válido si se otorga conforme a las formalidades exigidas por el art. 665 CC y no se desvirtúa el juicio de capacidad del Notario favorable a la capacidad para testar mediante otras pruebas cumplidas y convincentes”*.

²³ Yáñez de Andrés, A. *Alzheimer e incapacidad para testar* (2018). Disponible online en web:<http://www.legaltoday.com/opinion/articulos-de-opinion/alzheimer-e-incapacidad-para-testar> (última visita 28 de abril de 2019)

²⁴ Véase el ANEXO 2 del presente trabajo

III. CONVENCIÓN DE DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

En relación con la capacidad para testar de las personas con discapacidad psíquica o intelectual, resulta de gran importancia la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, por lo que a continuación se analizará si las reglas expuestas con anterioridad se adecúan a dicha Convención.

1. LA CONVENCIÓN

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, la Convención) se aprueba el 13 de diciembre de 2006, siendo el resultado de un largo proceso en el cual participaron, entre otros, Estados miembros de la ONU y organizaciones de personas con discapacidad y sus familias.

Se trata del primer instrumento amplio de derechos humanos del siglo XXI, constituyendo un cambio paradigmático de las actitudes y enfoques respecto de las personas con discapacidad. Así, apuesta de forma decidida por la transformación de un “modelo médico o rehabilitador” en un “modelo social” de la discapacidad. En ella se adopta una amplia clasificación de dichas personas y se reafirma que todas ellas, con todos los tipos de discapacidad, deben poder gozar de todos los derechos humanos y libertades fundamentales²⁵.

Este nuevo instrumento jurídico supone importantes consecuencias para las personas con discapacidad, entre las que destacan, principalmente, la “visibilidad” de este grupo ciudadano dentro del sistema de protección de derechos humanos de Naciones Unidas, la asunción irreversible del fenómeno de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos, y el contar con una herramienta jurídica vinculante a la hora de hacer valer los derechos de estas personas²⁶.

²⁵ De Lorenzo García, R.: *La Convención, un desafío inaplazable*; en Alcaín Martínez, E. (2015). *La Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad. De los derechos a los hechos*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, España (págs. 10-41)

²⁶ Bueyo Díez Jalón, M. *El impacto de la Convención Internacional de las personas con discapacidad*. Discapnet: El Portal de las Personas con Discapacidad; Fundación ONCE. Accesible online en web: <https://www.discapnet.es/areas-tematicas/nuestros-derechos/tus-derechos-fondo/otros-temas/el-impacto-de-la-convencion> (última visita 9 de junio de 2019)

España firmó y ratificó esta Convención, más su Protocolo facultativo, por lo que desde el 3 de mayo de 2008 este cuerpo normativo internacional forma parte plenamente del ordenamiento jurídico español.

2. ARTÍCULO 12

En relación con el tema que ocupa este trabajo, resulta importante tomar en consideración el artículo 12 de la Convención²⁷, el cual aboga por el igual reconocimiento y capacidad jurídica en igualdad de condiciones de estas personas ante la ley. De esta manera, los Estados que apuestan por la Convención reafirman la idea de que las personas con discapacidad tienen derecho a que se reconozca su personalidad.

El párrafo primero de este artículo dispone literalmente que *“Los Estados partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica”*. Además, el párrafo segundo añade que *“Los Estados partes reconocen que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”*.

Por otro lado, atendiendo a la capacidad jurídica, en este artículo 12 se retoma, según Martínez Sánchez, “la concepción romana de capacidad, es decir, engloba bajo el término capacidad jurídica la modalidad dinámica y estática de capacidad, aunque aluda en su apartado tercero al ejercicio de la capacidad jurídica no lo concibe como un concepto separable a la propia capacidad jurídica”²⁸. Esto quiere decir, por tanto, que la Convención no establece ningún tipo de diferenciación entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, lo que lo convierte en uno de los temas más controvertidos de este artículo de la Convención.

En opinión de Martínez de Aguirre, esta falta de diferenciación entre ambos conceptos que estima la Convención, debe ser trasladada de igual manera al Ordenamiento jurídico español para que sea compatible con la citada Convención, ya que podría suponer una “colisión” entre dicho Ordenamiento y la Convención. Además,

²⁷ Artículo 12 Convención: *“1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica...”*

²⁸ Martínez Sánchez, N. (2017). *Viaje al tratamiento de las personas con discapacidad: una visión global del camino*. I Congreso Nacional de Derecho de la Discapacidad. Elche, España

este autor añade, en base a la STS 282/2009 de 29 de abril, que podrían ser compatibles los mandatos de la Convención con los de el Ordenamiento jurídico español relativos a la diferenciación entre capacidad jurídica y capacidad de obrar; ya que se distingue, en realidad, entre un “aspecto estático y dinámico de la capacidad de obrar, distinción que no se ve afectada por la Convención”²⁹.

En relación con la capacidad para otorgar testamento por las personas que tienen algún tipo de discapacidad psíquica o intelectual, se ha considerado pertinente acudir, de nuevo, a la Sentencia de 15 de marzo de 2018 (STS 146/2018), analizada en el apartado *Juicio Notarial de capacidad* del presente trabajo, en relación con el juicio que debe emitir el Notario a la hora de emitir testamento. Esta sentencia analiza si son nulos o no los testamentos otorgados por una persona discapacitada intelectual que ha sido declarada judicialmente incapaz para la administración de sus bienes.

Resulta clave señalar que, según el TS, se interpreta el principio general de capacidad de las personas desde el punto de vista de la Convención, que referido a la capacidad para otorgar testamento, y puesto en relación el mencionado artículo 12 con el artículo 662 Cc³⁰ indica que “la capacidad para testar es la regla general y la incapacidad la excepción. Es decir, no cabe basar la falta de capacidad para testar ni por analogía ni por interpretación extensiva de otra incapacidad”³¹.

A la vista de esta sentencia y la falta de regulación expresa acerca de la capacidad para otorgar testamento por las personas con algún tipo de discapacidad intelectual en relación con la Convención, así como las lagunas legales que pueden surgir en la actualidad en España, atendiendo únicamente al artículo 12 de la misma, se estima, por parte de la autora del presente trabajo que se debería llevar a cabo una reforma del Cc

²⁹ Martínez de Aguirre y Aldaz, C. (2013) “El tratamiento jurídico de la discapacidad mental o intelectual tras la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad” en De Salas Murillo, S. *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas* Madrid, España. Ed. Dykinson. (págs. 15-20)

³⁰ Artículo 662 Cc: “Pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente”

³¹ Legalfield. Consultores y abogados. *Última sentencia del TS sobre otorgamiento de testamento por persona con discapacidad. ¿Afecta a la capacidad para testar la declaración judicial de incapacitación?*. Disponible online en web: <https://legalfield.es/ultima-sentencia-del-tribunal-supremo-otorgamiento-testamento-persona-discapacidad-afecta-la-capacidad-testar-la-declaracion-judicial-incapacitacion/> (última visita 9 de junio de 2019)

en esta materia para adaptarlo a lo dispuesto en la Convención. No obstante, ya existe en este país un Anteproyecto de Ley para la reforma de la legislación civil en relación con las personas con discapacidad, que será analizada con más detalle en el apartado siguiente.

IV. PERSPECTIVAS DE FUTURO

En este punto, cabe señalar, como ya se ha visto con anterioridad, que la materia acerca de la cual versa este TFG se ha visto afectada recientemente en España por la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006, que ha obligado desde 2011 a la adaptación del ordenamiento jurídico español en muchos de sus campos. Además, también hay que mencionar otros proyectos legislativos; en concreto, hay en este país, en estos momentos, aprobado un Anteproyecto de Ley que supone la reforma de la legislación civil: Código Civil, Ley de enjuiciamiento Civil, Ley Hipotecaria y Registro civil. Esta reforma tiene como objetivo principal la sustitución del orden judicial actual en la toma de decisiones que afectan a las personas con discapacidad, el cual se basa en la sustitución por orden de un juez en la toma de decisiones, por otro que priorice el respeto a la voluntad y preferencias de estas personas que, como regla general, serán las encargadas de tomar sus propias decisiones. Por ello, se pretende con esta nueva regulación, un apoyo a la persona que pueda tener alguna dificultad en el ejercicio de su capacidad jurídica o capacidad de obrar³².

En relación con la capacidad para otorgar testamento que poseen las personas con discapacidad intelectual, resultan de importancia los siguientes apartados del Dictamen Sobre el anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, en concreto, la modificación del Cc³³:

- *“El apartado veinticinco modifica la redacción del artículo 663 Cc, eliminando la expresión de incapacidad para testar y la de falta de cabal juicio,*

³² Reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad (2018) Disponible online en web: <https://elderecho.com/reforma-la-legislacion-civil-procesal-materia-discapacidad> (último acceso 20 de mayo de 2019)

³³ Dictamen 5: Sobre el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad. Sesión ordinaria del Pleno de 24 de octubre de 2018, Madrid. España

sustituyendo esta última por la afectación de las facultades de discernimiento que impiden testar

- El apartado veintiséis modifica el artículo 665 Cc, eliminando la referencia a la incapacidad por sentencia”

Estas reformas se encuentran, a fecha de realización del presente trabajo, paralizadas como consecuencia de la disolución de las Cortes y las elecciones generales del día 28 de abril de 2019³⁴.

³⁴ Elecciones Generales 28 de abril de 2019. Accesible en web: <https://www.generales2019.infoelecciones.es/> (último acceso 20 de mayo de 2019)

V. CONCLUSIONES

Una vez finalizado el análisis de la capacidad para otorgar testamento puesta en relación con las personas con cualquier tipo de discapacidad psíquica o intelectual, y con ello, el presente TFG, cabe destacar algunos aspectos.

En primer lugar, se trata de un tema de gran actualidad debido a la importante cifra actual de personas con algún tipo de discapacidad psíquica o intelectual que existen en España, así como la que se prevé en el futuro debido, entre otras causas, a la mayor expectativa de vida de las personas, unida al deterioro propio de la edad, como puede ser la enfermedad de Alzheimer.

Asimismo, se trata de un tema altamente controvertido ya que, como se ha visto, afecta a un aspecto tan importante en el ámbito jurídico como es la capacidad de las personas y el dudoso límite que puede existir en algunos casos entre la capacidad o incapacidad de la persona.

Por otro lado, resulta importante señalar el importante y difícil papel que realiza la figura del Notario en muchos casos, ya que resulta imprescindible dilucidar sobre si una persona se encuentra en un momento lúcido en el transcurso de su enfermedad para lo cual resulta de suma importancia el juicio de capacidad realizado por éste, apoyado, en muchos casos, en la ayuda médica profesional de los facultativos.

En relación con la doctrina del TS analizada, ésta se basa en el principio de presunción de capacidad, es decir, la finalidad de las normas que regulan la capacidad debe ser garantizar la suficiencia mental del testador respecto del propio acto de testar, por lo tanto, la ley ofrece un cauce para que la persona con la capacidad modificada judicialmente pueda ejercer facultad de testar.

A la vista de los problemas actuales que acarrea la capacidad de otorgar testamento en personas con discapacidad intelectual, resulta fundamental analizar la Convención de Derechos de las Personas con discapacidad de 2006, y más concretamente, su artículo 12. Este artículo respalda la igualdad en el reconocimiento y en la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual ante la ley. No obstante, este precepto resulta actualmente ambiguo en relación con la capacidad para

otorgar testamento por las personas con algún tipo de discapacidad intelectual, por lo que el TS ha debido aplicarlo en base a su propio criterio, el cual puede resumirse en que “la capacidad para testar es la regla general y la incapacidad la excepción. Es decir, no cabe basar la falta de capacidad para testar ni por analogía ni por interpretación extensiva de otra incapacidad”.

Por tanto, se estima conveniente tras la realización del presente trabajo, la adaptación de la Convención en el ámbito de la legislación civil, concretamente, en relación con el Cc y la capacidad para otorgar testamento por las personas con discapacidad psíquica o intelectual.

No obstante, la adaptación ya ha empezado a tomar forma y las perspectivas de futuro de la capacidad para otorgar testamento en las personas con discapacidad psíquica son muy positivas, destacando la modificación de los artículos 663 y 665 Cc. Pese a que estas reformas de encuentran paralizadas en la actualidad, existe un gran consenso entre todos los partidos políticos para continuar con el Anteproyecto de Ley aprobado en la ya pasada legislatura, por lo que se prevé que en un futuro, las reglas que regulan la capacidad para otorgar testamento de las personas con discapacidad intelectual sean claras, sin lagunas y adaptadas en su totalidad en lo dispuesto en la Convención.

Y por último, señalar el aspecto enriquecedor para la autora de este TFG desde el punto de vista académico, ya que ha permitido adentrarse en un tema *a priori* desconocido, pero de gran interés jurídico en cualquier momento del tiempo ya que el testamento es un aspecto en la vida humana que, tristemente, siempre va a tener su momento de aplicación. Para concluir, y en relación con el significado que tiene el testamento para la vida de las personas; en palabras del científico Eduard Punset:

Si la vida fuera eterna no pondríamos en ella la misma intensidad

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Bercovitz y Rodríguez-Cano, R. (2006). *Manual de Derecho Civil. Derecho privado y Derecho de la persona*. Madrid. España: Bercal,S.A. (pág.123-125)
- Bueyo Díez Jalón, M. *El impacto de la Convención Internacional de las personas con discapacidad*. Discapnet: El Portal de las Personas con Discapacidad; Fundación ONCE. Accesible online en web: <https://www.discapnet.es/areas-tematicas/nuestros-derechos/tus-derechos-fondo/otros-temas/el-impacto-de-la-convencion> (última visita 9 de junio de 2019)
- Cano Tello, C. (1998). *Manual de Derecho Civil en Tablas Sinópticas* . Valencia, España: Tirant lo Blanc
- Consejo General del Notariado: Testamentos y herencias. Accesible en web: <https://www.notariado.org/liferay/web/notariado/testamentos-y-herencias> (último acceso 19 de mayo de 2019)
- De Amunátegui Rodríguez, C. (2018). *La sustitución ejemplar como medida de protección de la persona*. España. Ed. Reus
- De Lorenzo García, R.: *La Convención, un desafío inaplazable*; en Alcaín Martínez, E. (2015). *La Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad. De los derechos a los hechos*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, España (págs. 10-41)
- Dictamen 5: Sobre el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad. Sesión ordinaria del Pleno de 24 de octubre de 2018, Madrid. España
- Elecciones Generales 28 de abril de 2019. Accesible en web: <https://www.generales2019.infoelecciones.es/> (último acceso 20 de mayo de 2019)
- Enciclopedia Jurídica. La capacidad para testar. Accesible en web: <http://www.enciclopedia-juridica.biz14.com/d/capacidad-para-testar/capacidad-para-testar.htm> (último acceso 28 de abril de 2019)
- Fernández Canales, C. (2018). *Otorgamiento de Testamento por Personas con Discapacidad Intelectual*. Disponible online en web: <https://www.sindromedownvidaadulto.org/no28-febrero-2018/articulos-no28-vida-adulta/otorgamiento-de-testamento-por-personas-con-discapacidad-intelectual/>(última visita 9 de junio de 2019)
- FUNDACIÓN ALZHEIMER ESPAÑA. *Qué es la enfermedad de Alzheimer* (2014). Disponible online en web: <http://www.alzfae.org/fundacion/135/que-es-alzheimer>. (Última visita 20 de abril de 2019)

- Gomá, I. *El testamento del anciano*. Notario del siglo XXI. Colegio Notarial de Madrid. Disponible online en web: <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-8/2896-el-testamento-del-anciano-0-5395799582261406> (última visita 20 de abril de 2019)
- IBERLEY. *La sustitución ejemplar o cuasi pupilar como modalidad de sustitución hereditaria en el Código civil* (2016). Accesible online en web: <https://www.iberley.es/temas/sustitucion-ejemplar-cuasi-pupilar-codigo-civil-59735>
- Iuris Civilis. Blog jurídico de Derecho Civil. Accesible en web: <https://www.luriscivilis.com/2017/10/el-juicio-de-capacidad-para-testar-por.html> (último acceso 19 de mayo de 2019)
- Legalfield. Consultores y abogados. *Última sentencia del TS sobre otorgamiento de testamento por persona con discapacidad. ¿Afecta a la capacidad para testar la declaración judicial de incapacitación?*. Disponible online en web: <https://legalfield.es/ultima-sentencia-del-tribunal-supremo-otorgamiento-testamento-persona-discapacidad-afecta-la-capacidad-testar-la-declaracion-judicial-incapacitacion/> (última visita 9 de junio de 2019)
- Martínez de Aguirre y Aldaz, C. “El tratamiento jurídico de la discapacidad mental o intelectual tras la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad” en De Salas Murillo, S. . *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas* (2013) Madrid, España. Ed. Dykinson (págs. 15-20)
- Martínez Sánchez, N. (2017). Viaje al tratamiento de las personas con discapacidad: una visión global del camino. I Congreso Nacional de Derecho de la Discapacidad. Elche, España
- Nieto Alonso, A. Reseña bibliográfica de: Mesa Marrero, C., (2017) *La capacidad para testar: aspectos problemáticos y criterios jurisprudenciales*. de Derecho Civil, vol. V, núm. 1 (enero-marzo, 2018), Varia, págs. 251-267
- Observatorio Discapacidad Física. *La discapacidad intelectual en cifras*. España, (2014). Accesible online en web: <https://www.observatoridiscapacitat.org/es/la-discapacidad-intelectual-en-cifras> (última visita 3 de junio de 2019)
- Organización Mundial de la Salud. Demencia. *Datos y cifras*. Disponible online en web: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/dementia> (última visita 4 de junio de 2019)
- O’Callaghan, X. La capacidad para testar. Accesible en web: <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/capacidad-testar-215744> (último acceso: 20 de mayo de 2019)

- Ortega Carrillo de Albornoz, A. (2012). Capacidad para testar y suceder por testamento en Roma: la indignitas. Accesible online en web: <https://www.derechoromano.es/2012/09/capacidad-testar-sucedere-testamento-indignitas.html> (último acceso: 20 de mayo de 2019)
- Pacheco Jiménez, M.N. “Del tradicional procedimiento de incapacitación a la modificación judicial de la capacidad de obrar y la alternativa del sistema de apoyos”, en Morcillo Moreno, J. (2019). *Discapacidad intelectual y capacidad de obrar*. Valencia, España. Ed. Tirant Lo Blanch (págs.. 39-48)
- Reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad (2018) Accesible en web: <https://elderecho.com/reforma-la-legislacion-civil-procesal-materia-discapacidad> (último acceso 20 de mayo de 2019)
- Sociedad Española de Neurología (S.E.N.) Accesible en web: <http://www.sen.es/saladeprensa/pdf/Link194.pdf> (último acceso 15 de mayo de 2018)
- Yáñez de Andrés, A. *Alzheimer e incapacidad para testar* (2018). Disponible online en web: <http://www.legaltoday.com/opinion/articulos-de-opinion/alzheimer-e-incapacidad-para-testar> (última visita 28 de abril de 2019)

ANEXOS

Anexo 1: El test de Pfeiffer

Ítems	ERRORES
¿Qué día es hoy? -día, mes, año-	
¿Qué día de la semana es hoy?	
¿Dónde estamos ahora?	
¿Cuál es su nº de teléfono?	
¿Cuál es su dirección? –preguntar sólo si el paciente no tiene teléfono-	
¿Cuántos años tiene?	
¿Cuál es su fecha de nacimiento? -día, mes, año-	
¿Quién es ahora el presidente del gobierno?	
¿Quién fue el anterior presidente del gobierno?	
¿Cuáles son los dos apellidos de su madre?	
Vaya restando de 3 en 3 al número 20 hasta llegar al 0.	
PUNTUACIÓN TOTAL	

Es necesario hacer las preguntas en el orden señalado y recoger todas las respuestas. Las respuestas solo pueden ser correctas o incorrectas. En aquellas con varios datos, todos deben ser correctos para considerar correcta la respuesta. La interpretación es la siguiente:

- 0-2 errores: NORMAL
- 3-4 errores: DETERIORO INTELECTUAL LEVE
- 5-7 errores: DETERIORO MODERADO
- 8-10 errores: DETERIORO GRAVE.

Para las personas con un nivel de graduado escolar o inferior, se puede permitir un error más y si tiene nivel educativo superior, un error menos. A los efectos de capacidad testamentaria, podría ser admisible un deterioro leve.

Anexo 2: Mini-examen cognoscitivo

DESCRIPCION:

El MEC de Lobo es la versión adaptada y validada en España del MMSE (Mini-Mental State Examination) de Folstein. Se trata de un test de cribaje de demencias, útil también en el seguimiento evolutivo de las mismas.

Existen dos versiones, de 30 y de 35 puntos respectivamente, siendo la de 30 puntos un instrumento más útil para comparaciones internacionales

Diseñado por Folstein y McHung en 1975, con la idea de proporcionar un análisis breve y estandarizado del estado mental que sirviera para diferenciar, en pacientes psiquiátricos, los trastornos funcionales orgánicos.

Hoy en día, se utiliza sobre todo para detectar y evaluar la progresión del Trastorno Cognitivo asociado a Enfermedades Neurodegenerativas como la de tipo Alzheimer. El MEC fue la primera versión en castellano del MMSE, adaptada por Lobo y col. La versión de 35 puntos, fue la primera y es la más utilizada actualmente. Se trata de una sencilla escala estructurada, que no requiere más de 5 – 10 minutos para su administración.

Sus ítems exploran 5 áreas cognitivas: Orientación, Fijación, Concentración y Cálculo, Memoria y Lenguaje

INSTRUCCIONES GENERALES:

Invitar al entrevistado a colaborar. No corregir nunca al paciente, aunque se equivoque. Contabilizar los puntos correctos de cada uno de los 5 ítems del test.

1.Orientación: No se permite la Comunidad Autónoma como respuesta correcta para la provincia ni para nación o país (excepto en las comunidades históricas).

2.Fijación. Repetir claramente cada palabra en un segundo. Le damos tantos puntos como palabras repita correctamente al primer intento. Hacer hincapié en que las recuerde, ya que más tarde se le volverán a preguntar. Asegurarse de que el paciente repita las tres palabras correctamente hasta que las aprenda. Están permitidos seis intentos para que las repita correctamente.

3.Concentración y Cálculo: Sustracción de 3 en 3. Si no le entiende se puede reformular la pregunta. Si tiene 30 pesetas y me da tres ¿cuántas le quedan?, y seguir pero sin repetir cifra que dé el paciente. Se dará un punto por cada sustracción correcta.

Repetir los dígitos 5 – 9 – 2 lentamente: 1 segundo cada uno, hasta que los aprenda, se le da 1 punto por cada dígito que coloque en posición inversa correcta.

4.Memoria: Dar un amplio margen de tiempo para que pueda recordar sin ayudarlo. 1 punto por cada palabra recordada sin tener en cuenta el orden.

5.Lenguaje y construcción: El entrevistador ha de leer la frase poco a poco y correctamente articulada, un error en la letra, es 0 puntos en el ítem:

- Semejanzas: En las semejanzas perro-gato las respuestas correctas son animales de “x” características. Órdenes verbales, si el paciente coge el papel con la mano izquierda, se valorará como error, si lo dobla más de dos veces es otro error.

- Lectura, escritura y dibujo: Si utiliza gafas se solicita que se las ponga.

- Frase: Advertir que no se considerará correcta si escribe su nombre. Si es necesario se le puede poner un ejemplo, pero insistiendo en que ha de escribir algo diferente. Debe construir una frase con sujeto, verbo y complemento para valorarla con un punto.

- Figura. Cada pentágono ha de tener exactamente 5 lados y 5 ángulos y debe entrelazarse en dos puntos de contacto.

PUNTUACIÓN:

La puntuación total máxima es de 35 puntos. Se considera que hay deterioro cognitivo si la puntuación es < 23 puntos.

Excluimos las preguntas que hayan sido eliminadas, básicamente por analfabetismo o por imposibilidad física de cumplir un ítem (ej.: ceguera). Entonces calculamos la puntuación total corregida: la obtenida por regla de tres después de corregir la puntuación total.

Por ejemplo, si el paciente es ciego y no puede acceder a 4 de los 35 puntos posibles, la puntuación final se calculará sobre 31 puntos posibles. Imaginemos que la puntuación total ha sido 20, aplicando la corrección obtenemos una puntuación $(20 \times 35 / 31) = 22,5$ (redondearemos al núm. entero + próximo, el 23).

INTERPRETACIÓN:

Instrumento sencillo y breve de aplicación, no requiere de especiales habilidades para su administración. La edad y la escolarización influyen en la puntuación total. Existen limitaciones a su uso en pacientes con bajo nivel cultural, analfabetos o con déficit sensoriales. No explora todas las áreas cognitivas. Posibilidad de que pasen inadvertidos los casos incipientes de deterioro cognitivo.

RANGO de PUNTUACION 0 – 35. Lobo y col, proponen:

- Pacientes GERIATRICOS: ($>$ de 65 años), punto de corte 23/24 (es decir, 23 ó menos igual a “caso” y 24 ó más a “no caso”, y en

- Pacientes NO GERIATRICOS punto de corte 27/28 (es decir, 27 ó menos igual a “caso”, y 28 ó más igual a “no caso”).

Paciente.....Edad.....

Ocupación.....Escolaridad.....

Examinado por.....Fecha.....

ORIENTACIÓN

- Dígame el día.....fechaMes.....Estación.....Año..... (5 puntos)
- Dígame el hospital (o lugar).....
planta.....ciudad.....Provincia.....Nación..... (5 puntos)

FIJACIÓN

- Repita estas tres palabras ; peseta, caballo, manzana (hasta que se las aprenda) (3 puntos)

CONCENTRACIÓN Y CÁLCULO

- Si tiene 30 ptas. y me dando de tres en tres ¿cuantas le van quedando ? (5 puntos)
- Repita estos tres números : 5,9,2 (hasta que los aprenda) .Ahora hacia atrás (3 puntos)

MEMORIA

- ¿Recuerda las tres palabras de antes ? (3 puntos)

LENGUAJE Y CONSTRUCCIÓN

- Mostrar un bolígrafo. ¿Qué es esto ?, repetirlo con un reloj (2puntos)
- Repita esta frase : En un trigal había cinco perros (1 punto)
- Una manzana y una pera ,son frutas ¿verdad ? (2 puntos)
¿qué son el rojo y el verde ?
- ¿Que son un perro y un gato ? (1 punto)
- Coja este papel con la mano derecha dóblelo y póngalo encima de la mesa (3 puntos)
- Lea esto y haga lo que dice : CIERRE LOS OJOS (1punto)
- Escriba una frase (1 punto)
- Copie este dibujo (1 punto)

